

## CONTRIBUTI AL DIRITTO E ALLA SCIENZA DELL'AMMINISTRAZIONE

ENRICO BONELLI (\*)

### SERVIZIO SANITARIO, TERAPIE SALVAVITA E DIGNITÀ UMANA

SOMMARIO: 1. *Considerazioni introduttive.* – 2. *Un caso emblematico di «supplenza» dei giudici italiani: la fine della vita di Eluana Englaro.* – 3. *Il fondamento costituzionale del diritto di scelta terapeutica.* – 4. *L'elaborazione giurisprudenziale in tema di tutela dei diritti concernenti la sfera biologica del cittadino.* – 5. *Servizio sanitario e giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.* – 6. *Il nesso giuridico fra il valore della dignità umana e la libertà di scelta terapeutica.* – 7. *Garanzia della dignità umana e ruolo del giudice amministrativo in tema di terapie salvavita.*

#### 1. *Considerazioni introduttive.*

Per la tematica degli stati vegetativi permanenti (in seguito SVP), come per altre situazioni di malattia o disabilità di lunga durata e/o non guaribili, si sono succeduti negli ultimi anni prolungati silenzi interrotti da improvvise esplosioni mediatiche, mentre appaiono piuttosto rari, ancorchè di elevato contenuto etico e scientifico, i documenti ufficiali che contengono indicazioni chiare e condivisibili (1).

È pacifico che lo SVP costituisce una sindrome o condizione clinica di recente elaborazione, collegata in buona sostanza alla maggiore diffusione ed efficacia dei trattamenti di rianimazione, terapia intensiva e supporto vitale. Alcuni recenti casi di pazienti in SVP, per i quali è stato necessario prendere decisioni di fine vita, hanno catturato l'attenzione dei *mass-media*, sia nel vecchio che nel nuovo continente. Tra quelli più dibattuti si ricordano i casi di:

a) Karen Quinlan (U.S.A.), che entrò in SVP post-anossico nel 1975. La Corte Suprema del New Jersey consentì ai genitori di interrompere la ventilazione invasiva. Karen sopravvisse altri dieci anni in regime di

---

\* Prof. associato di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università Federico II di Napoli.

(1) Per un'esauriente ricostruzione degli aspetti teorici nel campo medico, v. l'interessante studio svolto nell'ambito del 5° Master Universitario «Cure palliative al termine della vita (Anno accademico 2004/2005)» dal titolo «*Gli stati vegetativi – Riflessioni intorno al tema delle cure palliative e delle malattie inguaribili non oncologiche*» (Milano, 2005), in <https://doc-08-94-docsviewer.googleusercontent.com>.

nutrizione parenterale totale per morire, poi, di polmonite, per la quale non si ricorse a un trattamento antibiotico;

b) Nancy Cruzan (U.S.A.), che entrò in SVP nel 1983 in seguito a un incidente stradale. Attraverso vari gradi di giudizio, che coinvolsero la Corte Suprema del Missouri e la Corte Suprema Federale, venne prima rigettata e poi autorizzata la sospensione della nutrizione artificiale sulla base degli orientamenti espressi dalla paziente prima della sopraggiunta incapacità;

c) Tony Bland (G.B.), che entrò in SVP nel 1989 a 17 anni, in conseguenza delle lesioni riportate durante la tragedia di Sheffield, dove oltre cento persone morirono in uno stadio troppo affollato. Nel 1993 la Corte Suprema Inglese, investita della responsabilità di decidere in ordine alla prosecuzione dei trattamenti antibiotici e della nutrizione artificiale, ne autorizzò la sospensione. Secondo la Corte tale sospensione, pur comportando l'interruzione della vita di un malato, non implicava alcuna responsabilità civile e penale dei medici curanti, a fronte di una condizione clinica senza speranze di recupero;

d) Terri Schindler Schiavo (U.S.A.), che entrò in SVP nel 1990, fu oggetto di un lungo e complesso iter giudiziario promosso dal marito Michael Schiavo, che era anche suo tutore legale, contro l'opposizione espressa dei genitori Bob e Mary Schindler. Il marito aveva chiesto e ottenuto nei diversi gradi di giudizio l'autorizzazione a interrompere l'idratazione e la nutrizione artificiali. La Corte d'Appello Federale aveva autorizzato tale sospensione, nonostante che l'opposizione dei genitori fosse stata accolta dalla Corte Suprema dello Stato della Florida;

e) Eluana Englaro (Italy), che entrò in SVP il 18 gennaio 1992, a causa di un grave incidente stradale che determinò, oltre al danno cerebrale, anche la frattura mielica della seconda vertebra cervicale. Nel 1996 il padre della ragazza, che l'anno successivo ne divenne anche il tutore legale, iniziò la sua battaglia per ottenere la sospensione della nutrizione artificiale, motivando tale richiesta con le dichiarazioni espresse dalla stessa paziente in occasione di un evento analogo che aveva colpito, due anni prima del proprio incidente, un suo amico.

Come si vede, si tratta di casi accomunati dalla persistenza dei pazienti in una condizione che viene definita dalla scienza medica come «*stato cronico di veglia senza alcun segno comportamentale di interazione con l'ambiente (e quindi senza un'apparente coscienza), durante il quale il respiro, la pressione sanguigna e più in generale le funzioni necessarie a mantenere la vita sono preservate*» (2); è ovvio che per tali pazienti il mantenimento in vita dipende dall'utilizzazione di adeguate terapie salvavita.

La questione giuridica più dibattuta che investe i malati in SVP è quella delle decisioni di fine vita. Non a caso, le vicende di Terri Schiavo e di Eluana Englaro hanno confermato i rischi di un dibattito orientato alla enfattizzazione di posizioni estreme, piuttosto che all'approfondi-

---

(2) JENNET B. PLUM F., *Persistent vegetative state after brain damage: a syndrome in search of a name*, *Lancet*, 1972, 1, 734-737.

mento dei temi trattati e alla qualità delle informazioni fornite. I pericoli di una simile impostazione sono evidenti, perché, da un lato, queste dinamiche influenzano marginalmente il dibattito scientifico e quello etico, dall'altro finiscono col distogliere l'attenzione dalla ricerca (riservata alla *policy*) di servizi e soluzioni coerenti con l'interesse dei malati.

È ormai un dato acquisito alla scienza medica che la morte sia fatta coincidere non più con l'interruzione del battito cardiaco, ma con la morte cerebrale; sicché, la rianimazione cardiopolmonare (RCP), essendo diventata uno *standard* assoluto in caso di arresto cardiaco, ha comportato la diffusione del c.d. DNR (*Do not resuscitate*) Order per quei pazienti che, in questi casi, non desiderano essere rianimati. Ad esso è correlato la Limitazione-Arresto delle Terapie (LAT), che viene data nello SVP su ordine del paziente di non essere rianimato, sia in caso di *Do not resuscitate* (DNR) Order, sia nel caso di Withholding (rifiuto di intraprendere le terapie) o di Withdrawing (sospensione delle cure). Le LAT con decesso sono il 90% negli USA, l'80% in Canada, l'85% in Inghilterra, il 50% in Francia, il 34% in Spagna e solo l'8% in Italia, dato quest'ultimo di per sé già assai significativo (3).

## 2. Un caso emblematico di «supplenza» dei giudici italiani: la fine della vita di Eluana Englaro.

Non è il caso qui di ripercorrere le tappe che hanno segnato la vicenda della fine della vita di Eluana Englaro (4): basti ricordare la conflittualità che si è instaurata tra le pronunce favorevoli all'interruzione del trattamento emesse dalla Corte di Cassazione (sentenza 16 ottobre 2007 n. 21748) (5), dalla Corte di appello di Milano (decreto del 9 luglio 2008), dal T.A.R. della Lombardia (sentenza sez. III, 26 gennaio 2009, n. 214) (6) da un lato, e gli atti adottati dalla p.a., dall'altro, tutti di segno opposto, sfociati sia nel provvedimento del Direttore generale della sanità della Giunta regionale della Lombardia del 3 settembre 2008 (annullato appunto dal T.A.R. Lombardia), sia nell'atto di indirizzo del Ministro della salute del 16 dicembre 2008 (su cui il T.A.R. Lazio, con sentenza, sez. III *quater*, 12 settembre 2009, n. 8650 ha declinato la propria giurisdizione sul presupposto che oggetto della tutela sia un diritto soggettivo insop-

---

(3) I dati sono rilevabili dal sito [www.consultadibioetica.org](http://www.consultadibioetica.org).

(4) Sul punto, si può rinviare alla dettagliata ricostruzione operata da M. VILLONE, *op. cit.*, 24 ss. Adde, T. GROPPI, *Il Caso Englaro: un viaggio alle origini dello stato di diritto e ritorno*, Relazione al seminario di ASTRID su *Il potere, le regole, i controlli: la Costituzione e la vicenda Englaro*, 5 marzo 2009, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it); B. ENGLARO-E. NAVE, *Eluana. La libertà e la vita*, Milano, 2008.

(5) Si può leggere in *Persona e danno*, 2008, 129, con nota di CAMPIONE, *Stato vegetativo permanente e diritto all'identità personale in un'importante pronunzia della Suprema Corte*.

(6) Reperibile al sito istituzionale della giustizia amministrativa.

primibile) (7). Aggiungasi che il Governo tentò di adottare in data 5 febbraio 2009 perfino un decreto legge (non emanato dal Capo dello Stato per patente illegittimità costituzionale) (8), sempre al fine di contrastare le dette pronunce giurisdizionali rese, in via di supplenza, dalle Corti di merito e di legittimità. Senza dire, poi, del conflitto di attribuzione sollevato dalla Camera dei Deputati e dal Senato della Repubblica dinanzi alla Corte costituzionale, da quest'ultima risolto con ordinanza n. 334/2008, che dichiarò inammissibile il conflitto sollevato dalle due Camere per assenza del requisito oggettivo (9).

Da ultimo, sul caso non poteva mancare una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo, adita con ricorso presentato da sei cittadini e sette associazioni italiani, che lamentavano la violazione degli artt. 2, 3 e 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), ovvero il diritto alla vita, il divieto della tortura e di pene e trattamenti inumani e degradanti e il diritto all'equo processo (10). Con decisione di esemplare chiarezza emessa in data 16 dicembre 2008 (*Ada Rossi e a. c. Italia*), la Corte adita, sulla base della propria consolidata giurisprudenza (11), ha ritenuto irricevibile il ricorso per carenza di legittimità di agire dei ricorrenti in assenza della qualità di «vittima».

Insomma, ci si trova di fronte ad un panorama decisionale, nel quale, ancora una volta, i giudici italiani hanno assunto un ruolo di «*supplenza*» del potere legislativo, mentre in altri Paesi europei (Belgio, Olanda, Francia, Spagna, Germania, Inghilterra), già da tempo esistono norme che regolano la materia del testamento biologico.

Per fronteggiare tale grave lacuna ordinamentale, la giurisprudenza

---

(7) Anch'essa reperibile al sito istituzionale della giustizia amministrativa.

(8) Si v., in tema, il commento dagli accenti decisamente critici nei confronti del Governo di S. RODOTÀ, *Giornata nera per la Repubblica*, in *La Repubblica*, 7 febbraio 2009, 1 ss.

(9) La Corte, al riguardo, ha richiamato la propria giurisprudenza in relazione ai limiti entro i quali è consentito sollevare il conflitto di attribuzione nei confronti dell'operato del giudice, senza trasformare il ricorso alla Corte in «*atipico mezzo di gravame avverso le pronunce dei giudici*». In tema, cfr. C. ANNECHIARICO e E. GRIGLIO, *Il Caso Englaro: i profili costituzionali*, in *Amministrazione in cammino*, 22 maggio 2009, in [www.amministrazioneincammino.luiss.it](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it).

(10) Nel ricorso si lamentava che la decisione avrebbe danneggiato «*éthiquement, psychologiquement, socialement et juridiquement les personnes avec des graves lésions cérébrales, entraînant pour elles des dommages graves et injustes. Ces dommages qui ne sauraient être chiffrés, déterminent une discrimination gravissime pour les personnes lourdement handicapées, lesquelles sont maltraitées et surtout dépourvues de protection au gré de tiers qui peuvent librement décider de leur vie*».

(11) Cfr. sentenza *Modinos c. Cipro* del 22 aprile 1993, par. 24, in *Publications de la Court européenne des Droits de l'Homme*, Série A, n. 259. In dottrina, v. R. ERGEC, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, Bruxelles, 2006.

ha affermato nel caso Englaro alcuni principi (12) che, a leggere le proposte di legge attualmente all'esame del Parlamento, appaiono a dir poco ignorati dal legislatore italiano. Ci si riferisce, in particolare, al disegno di legge presentato nel corso della XVI Legislatura, costituito dall'A.C. n. 2350 e intitolato «*Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazione anticipata di trattamento*», approvato dalla Camera dei Deputati in data 12 luglio 2011 e, al momento del licenziamento del presente lavoro, non ancora votato in seconda lettura dal Senato, ove risulta assegnato alla XII Commissione permanente (Igiene e Sanità) in sede referente. Pur non potendosi procedere qui ad un esame approfondito del provvedimento legislativo, va evidenziato che l'attuale testo contiene il «no» all'eutanasia e alla sospensione della nutrizione dei pazienti in SVP, nonché l'introduzione della *Dichiarazione anticipata di trattamento*, la c.d. «*Dat*», per gli SVP. Quest'ultima figura è disciplinata nell'art. 3 del disegno di legge, secondo cui la «*Dat*» potrà scattare solo per chi venga a trovarsi in condizioni di assoluta «*assenza di attività cerebrale*». Se, quindi, nella precedente formulazione la Dichiarazione anticipata di trattamento si applicava a chiunque si trovasse nell'incapacità di comprendere le informazioni concernenti il trattamento sanitario, nel nuovo testo essa sarà considerata valida solo se un collegio di medici accerterà nel paziente «*l'assenza di attività cerebrale integrativa cortico-sottocorticale*». Ne esce, per così dire, «*rafforzato*», oltre ogni ragionevole limite, il ruolo dei medici del Servizio sanitario nazionale, i quali, anche a causa del possibile contenzioso giudiziario, potrebbero trovarsi ad affrontare un onere pressoché insostenibile (13).

Peraltro, il legislatore sembra ignorare che la qualificazione dell'idratazione e dell'alimentazione artificiale come trattamento sanitario si ritrova *expressis verbis* già nella sentenza della Cassazione n. 21748/07 ed è stata poi ripresa, con dovizia di argomenti, dal T.A.R. del Lazio nella sopracitata decisione n. 8650/09. La S.C. non ha mancato di precisare nella detta pronuncia che «*deve escludersi che il diritto all'autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegue il sacrificio del bene della vita*» e che il diritto costituzionale alla salute di ognuno «*come tutti i diritti di libertà implica la tutela del suo risvolto negativo: il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere*

---

(12) Su cui v. *amplius infra* nei par. seguenti.

(13) Tale disposizione, più di ogni altra, ha suscitato reazioni indignate di giuristi, operatori e associazioni operanti nel settore: cfr. ad esempio il comunicato stampa dell'Associazione italiana per le decisioni di fine vita (AIDEF) del 13 luglio 2011, reperibile al sito [www.desistenzaterapeutica.it](http://www.desistenzaterapeutica.it), che ha definito il testo approvato «*una legge anticostituzionale, antideontologica e antiscientifica che priva i cittadini delle libertà di scegliere a quali cure essere sottoposti, priva di valore le direttive anticipate in condizioni di emergenza/urgenza e rende obbligatoria la nutrizione artificiale, non più considerata un trattamento sanitario*».

*le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità umana propri dell'interessato, finanche di lasciarsi morire» (14).*

### 3. Il fondamento costituzionale del diritto di scelta terapeutica.

Sul piano esegetico, il diritto alla salute (comprendente il diritto di essere curati, ma anche quello di rifiutare le cure) appare riconducibile in primo luogo agli artt. 2 e 3 Cost., che garantiscono da un lato la inviolabilità della dignità umana e dall'altro l'eguale trattamento dei cittadini dinanzi alla legge; all'art. 32 Cost., il cui secondo comma in particolare prevede che nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge; all'art. 13 Cost., che garantisce da un lato l'*habeas corpus* come *libertà negativa*, ossia come diritto di estromettere i pubblici poteri dalla sfera privata dell'individuo, comprendente la libertà morale di ogni singolo - senza che ciò comporti la privazione dei pubblici poteri di svolgere un ruolo nella garanzia dei diritti -, dall'altro come *libertà positiva*, implicante l'autodeterminazione del singolo di decidere volontariamente in relazione alle attività (terapeutiche) che investono il proprio corpo (15).

Il quadro delle garanzie (come sopra ricostruito) porta, come suo logico corollario, ad individuare un valore fondante ed unificante *in subiecta materia*: quello della *dignità* umana, intesa come base assiologica del sistema dei diritti costituzionali e, al tempo stesso, come il fine verso il quale tende l'esercizio delle libertà, che devono realizzare lo sviluppo della persona umana (16).

---

(14) Per una esauriente ricostruzione dell'istituto della Dat, alla luce del diritto costituzionale statunitense, si v. il report del 2005 del President's Council on Bioethics, dal titolo *Taking care. Ethical Caregiving in Our Aging Society*, reperibile al sito [http://bioethics.georgetown.edu/pcbe/reports/taking\\_care](http://bioethics.georgetown.edu/pcbe/reports/taking_care).

(15) Cfr. R. ROMBOLI, *Art. 5 c.c. (Atti di disposizione del proprio corpo)*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1988, 237 ss.; ID., *La «relatività dei valori costituzionali e gli aspetti di disposizione del proprio corpo*, in *Pol. dir.* 1991, 565 ss.; A. SCALERA, *Diritto all'autodeterminazione terapeutica e atti di alimentazione e idratazione artificiale*, in *Persona e danno*, 2 novembre 2009, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it); in giurisprudenza, cfr. Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

(16) In tema, cfr. G. SCACCIA, *La dignità umana e la giurisdizione amministrativa in Italia*, intervento al Convegno 27/28 novembre 2009, tenutosi a Strasburgo, su *La dignità dell'uomo e la giurisdizione amministrativa*, il cui testo provvisorio è consultabile al sito [www.agatif.org](http://www.agatif.org); P.F. GROSSI, *Dignità umana e libertà nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2003, 43 ss.; G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, Intervento al Convegno trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, tenutosi a Roma il 1° ottobre 2007; F. SACCO, *Note sulla dignità umana nel «diritto costituzionale europeo»*, in S. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005; A. PIROZZOLI, *Il valore costituzionale della dignità. Un'introduzione*, Roma, 2007, 67 ss.



Non può essere, invero, revocato in dubbio che il diritto alla salute, pur potendo trovare nell'ambito della riserva di legge la giustificazione per sue eventuali compressioni (mediante l'imposizione di trattamenti sanitari obbligatori), giammai può essere disciplinato dal legislatore in modo tale da superare il limite del rispetto della persona umana: non a caso, l'art. 33 della L. 833/1978, istitutiva del Servizio sanitario nazionale, laddove disciplina gli accertamenti e i trattamenti sanitari volontari e obbligatori, prevede che essi, affinché siano conformi al disposto dell'art. 32 Cost., debbano intervenire «*nel rispetto della dignità della persona e dei diritti civili e politici*» (17). Nello stesso senso, l'art. 35 del Codice di deontologia medica subordina l'intervento diagnostico o terapeutico al rispetto della dignità umana e della qualità della vita.

Ne discende, quindi, che il diritto alla salute, secondo la configurazione che appare più aderente al dettato costituzionale, assume la natura propria dei *principi costituzionali*, generando, nella sua proiezione attuativa nell'ordinamento, tutta una serie: *i*) di pretese giuridiche a determinati comportamenti pubblici; *ii*) di pretese di astensione; *iii*) di situazioni soggettive di vantaggio e di svantaggio (e quindi di facoltà) nei confronti degli altri consociati (18).

Va da sé che nell'ambito di una situazione soggettiva così ampia e complessa, assume autonomo rilievo il diritto alla c.d. «*autodeterminazione terapeutica*», figura focalizzata negli ultimi tempi sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza come diritto di scelta del paziente nei confronti delle cure mediche, che si esercita mediante un atto di volontà manifestata (in caso di incapacità anche in forma indiretta mediante un rappresentante legale, tutore o amministratore di sostegno) al sanitario, dopo che quest'ultimo abbia fornito le necessarie informazioni. Si deve, pertanto, negare l'esistenza di un vero e proprio obbligo di mantenersi in «*buona salute*», in considerazione dei due limiti imposti dalla Costituzione ai trattamenti sanitari obbligatori nel terzo comma dell'art. 32 Cost., mentre deve correttamente ritenersi che, in applicazione delle disposizioni di cui al secondo comma di tale ultima norma, la legge possa imporre soltanto singoli trattamenti sanitari nell'interesse pubblico (si pensi ad una vaccinazione obbligatoria in caso di epidemia) e non un generale obbligo di curarsi (19). Appare pienamente compatibile col quadro costituzionale (come sopra ricostruito) il diritto del paziente a rifiutare le cure, inteso quale potere del singolo di decidere se sottoporsi o meno ad

---

(17) In tema, cfr. A. VALLINI, *Il valore del rifiuto di cure «non confermabile» dal paziente alla luce della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 186.

(18) In tal senso, cfr. B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. e Società*, 1983, 25; adde, A. SIMONCINI e E. LONGO, *Art. 32*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, 2006, vol. I, 657.

(19) Cfr. in tal senso, A. SIMONCINI-E. LONGO, *op. cit.*, 664 e ivi ampi riferimenti bibliografici, anche con specifico riferimento al rifiuto di trattamento sanitario per motivi religiosi.

una particolare terapia, sia essa salvavita o meno (20). Questo potere di autodeterminazione, pur non essendo rinvenibile in espresse previsioni costituzionali, si fonda sui medesimi valori di riferimento che garantiscono il bene salute, ossia sugli artt. 2, 3, 13 e 32 della Costituzione e, in definitiva, si configura quale vero e proprio diritto della persona, strettamente connesso alla tutela della dignità umana, valore costituzionale primario e insopprimibile. La garanzia suprema del diritto di ogni cittadino a vedere realizzata la propria volontà in relazione alla sua esistenza coincide con il diritto all'autodeterminazione o all'autonomia individuale, fondamento della visione laica in bioetica.

Il diritto all'«autodeterminazione terapeutica» ha poi trovato ulteriori riferimenti normativi eteroderivati nell'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nell'art. 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nell'art. 5 della Convenzione di Oviedo (21) e nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, ratificata e resa esecutiva in Italia con L. 3 marzo 2009 n. 18 (22).

Ovviamente, la questione si fa particolarmente delicata quando si tratta di «staccare la spina» ad un paziente che non sia in grado di decidere autonomamente (trovandosi in SVP) e che può essere oggetto anche di «accanimento terapeutico», ossia di trattamenti che, sotto il profilo squisitamente sanitario, si presentano sproporzionati ed inutili rispetto al suo quadro clinico (*medical futilities*, secondo la terminologia anglosassone) (23). In questi casi, in carenza di previsioni legislative, la soluzione suggerita dalla giurisprudenza è quella dell'utilizzazione della figura del rappresentante legale (tutore o amministratore di sostegno), chiamato ad esprimere la volontà dell'incapace, esercitando il potere di rappresentanza (24), che può essere sottoposto a un duplice ordine di

---

(20) Cfr. V. ROMBOLI, *La «relatività» dei valori costituzionali per gli aspetti di disposizione del proprio corpo*, in *Politica del diritto*, 1991, 565 ss.

(21) In tema, cfr. A. VALLINI, *op. loc. cit.*

(22) Tale Convenzione è richiamata dalla citata sentenza del T.A.R. Lazio n. 8650/2009. Cfr., sul punto, le osservazioni di A. PIOGGIA, *Il diritto alla salute e la direttiva Sacconi*, in [www.utilla.it](http://www.utilla.it), che, al riguardo, richiama C. CASONATO, *La tutela multilivello dell'autodeterminazione individuale*, al sito [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), che parla di «elementi di rango costituzionale consolidati all'interno di una pluralità di formanti».

(23) In tema, cfr. H. KUNG, *Della dignità del morire*, Milano, 1996; D. LAMB, *Etica alle frontiere della vita. Eutanasia e accanimento terapeutico*, Bologna, 1998; D. NERI, *Eutanasia. Valori, scelte morali, dignità delle persone*, Roma-Bari, 1995; J. POHIER, *La morte opportuna*, Roma, 2004; U. VERONESI, *Il diritto di morire. La libertà del laico di fronte alla sofferenza*, Milano, 2006. Per la giurisprudenza si v. Cass. Pen., Sez. IV, 7 aprile 2011, n. 13746.

(24) Sullo specifico punto del potere di cura del tutore, cfr. A. SANTOSUOSSO, *La trincea dell'inammissibilità, dopo tredici anni di Stato Vegetativo Permanente*, in *NGCC*, 2006, 5, I, 482. E. FORTUNA, *Il consenso informato e l'eutanasia nella casistica giudiziaria in Stati Uniti, Europa e Italia*, in *Riv. It. Medicina legale*, 2008, 4/5, 991 ss.



verifiche da parte del giudice: a) una di tipo oggettivo, c.d. «*best interest*», elaborato dalle corti inglesi, volta ad individuare quale sia la soluzione che meglio risponda all'interesse dell'incapace (25); b) l'altra di tipo soggettivo, ispirata al criterio del *substituted judgement test*, per lo più seguito dalla giurisprudenza nordamericana, tendente alla ricostruzione della volontà dell'incapace, secondo gli orientamenti del suo personale sistema di vita (26).

Secondo l'orientamento giurisprudenziale che appare più corretto, dunque, la libertà di scelta terapeutica concreta un «*diritto personalissimo di spessore costituzionale*», che si fonda sui principi sopra richiamati e come tale risulta strettamente connessa al valore della dignità umana (27).

Quanto poi all'esatta individuazione del contenuto di tale valore, in relazione a quello del «*rispetto della persona umana*» espresso dall'art. 32, secondo comma, Cost., il dibattito dottrinale è ancor oggi aperto (28). Tuttavia, anche se non può negarsi che nel concetto di dignità umana confluiscono posizioni etiche e giuridiche diverse e a volte confliggenti (29), il legislatore ordinario, come spesso accade, non ha mancato di

---

(25) Cfr. da ultimo, la decisione della Family Division della High Court dell'Inghilterra e del Galles, che ha stabilito, secondo il *best interest*, che è possibile sospendere la ventilazione meccanica di un bambino colpito da gravissime lesioni cerebrali, nonostante l'opinione contraria dei genitori e nonostante ciò ne causi inevitabilmente la morte, così motivando: «[...] *In the end I have to conclude that X's welfare requires his removal from ventilation on to palliative care. As this may result in a very speedy death, it will of course require planning and management. I know of no reason why that cannot in due course be agreed between the treating team and the family*». «[...] *I reach the conclusion that x should in future be treated on the basis of palliative care. This is, of course, not an order of the court. It is a declaration that so to treat would be lawful as being in X's best interests. The treating team must of course satisfy themselves that remains the case when they decide to withdraw ventilation and/or decline any other aggressive, invasive treatment*» (NHS Trust v Baby X and others, 2012, EWHC 2188 Fam), in [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org).

(26) Cfr. W. HEALTHCARE NHS TRUST v. KH, 2004, EWCA Civ., 1324; 2005, 1 WLR, 834. È stato proprio questo il criterio seguito dalla Corte di appello di Milano nel caso Englaro. Sul punto, per ulteriori riferimenti bibliografici e richiami di giurisprudenza, cfr. A. SCALERA, *op. loc. cit.* In tema, cfr. C. CASONATO, *Informed consent and end-of-life decisions: notes of comparative law*, in *Maastricht journal of European and comparative law*, 3, 2011, 225 ss.

(27) Cfr. Cass. civ., SS.UU., 13 novembre 2008, n. 27145.

(28) Su tale dibattito e su quello svoltosi in Assemblea costituente, per giungere all'attuale formulazione della norma costituzionale, si v. la puntuale ricostruzione di I. CIOLLI, *I trattamenti sanitari obbligatori e il paziente con problemi psichici. Profili costituzionali*, in [www.amministrazioneincammino.luiss.it](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it), 9/2012, 4 ss.

(29) Non a caso, in proposito, viene usata dalla dottrina la definizione di «*limite mobile*», tale da non conferire contenuti giuridici alla dignità umana, nonostante questa sia ricondotta nell'alveo dei diritti inviolabili garantiti dall'art. 2 Cost. In tal senso, cfr. L. CARLASSARE, *L'art. 32 Cost. e il suo significato*, in AA.VV., *L'ordinamento sanitario*, vol. I, *Amministrazione Sanitaria* (a cura di R. ALESSI), Milano, 1967, 108-109; I. CIOLLI, *op. loc. cit.*

riempire di contenuti concreti il precetto costituzionale. Non a caso, il già richiamato art. 33, primo comma della L. n. 833/78, secondo pacifico convincimento (30), contiene indicazioni chiare ed univoche, laddove ricollega la dignità umana al rispetto dei diritti civili e politici, tanto che la Corte costituzionale ha collegato alla dignità umana il diritto alla salute inteso *lato sensu*, pur specificandone di volta in volta il contenuto. Da ultimo, utilizzando entrambi i termini in «endiadi» («*dignità umana*» e «*rispetto della persona umana*»), ancorchè in riferimento ai trattamenti sanitari obbligatori, ha ritenuto che, a mente dell'art. 32 Cost., questi ultimi possano essere disposti dal legislatore solo nel rispetto della «*dignità della persona umana*», mostrando così di voler superare ogni questione strettamente terminologica.

Sta di fatto che l'utilizzazione del termine «*dignità umana*» è andato diffondendosi negli ordinamenti nazionali (31), ma è invalso soprattutto a livello sovranazionale, grazie all'adozione della Carta di Nizza, che ne fa un proprio *leit motiv* nella norma di apertura (32). Tuttavia, per cogliere appieno il contenuto di una garanzia siffatta, con specifico riferimento alla materia qui trattata, occorre far riferimento all'art. 3 della sopracitata Carta, che ne definisce i contorni, da un lato affermando il diritto di ogni individuo alla propria integrità fisica e psichica e al consenso libero e informato, dall'altro escludendo la possibilità di pratiche eugenetiche di selezione e di clonazione, nonché di utilizzazione del corpo umano a fine di lucro (33). Il che conferma, sul piano ermeneutico, l'opinione secondo cui nell'esautiva *dictio* dell'art. 32, secondo comma, cit. («*rispetto della persona umana*»), sia ricompreso il divieto di tutti i trattamenti e le misure degradanti ed inumani (34).

#### 4. *L'elaborazione giurisprudenziale in tema di tutela dei diritti concernenti la sfera biologica del cittadino.*

Nel campo della tutela delle situazioni soggettive connesse al diritto

(30) In tal senso, v. A. SIMONCINI e E. LONGO, *Art. 32*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, 2006, vol. I, 667; I. CIOLLI, *I trattamenti sanitari obbligatori e il paziente con problemi psichici. Profili costituzionali*, in [www.amministrazioneincammino.luiss.it](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it), 9/2012, 7 ss.

(31) Per i riferimenti anche alla dottrina tedesca, si segnala in tema l'interessante lavoro di F. POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione repubblicana*, Torino, 2011, 53.

(32) Cfr. art. 1, laddove si afferma l'inviolabilità della dignità e l'obbligo di rispetto di tutela della stessa. Della dignità umana non si fa invece espressa menzione nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Sul punto, cfr. I. CIOLLI, *op. cit.*, 8; v. anche, come riferimento di carattere generale, A. VESPAZIANI, *Diritti fondamentali europei*, Torino, 2009, *passim*.

(33) Per un'applicazione degli artt. 1 e 3 in combinato disposto, nella giurisprudenza comunitaria, si v. la decisione C.G.C.E., C-377/98 del 14 giugno 2001.

(34) In tal senso, cfr. R. ROMBOLI, *I limiti della libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto «attivo» e in quello «passivo»*, in *Foro it.*, 1991, 18.

(costituzionale) alla salute, molto si deve all'elaborazione giurisprudenziale della Corte di cassazione (35). Quest'ultima, già da tempo, ha affermato il carattere di *assolutezza* proprio delle situazioni giuridiche riferibili al bene salute, che rinvergono il proprio fondamento: a) nell'assioma che il diritto alla salute «è sovrastante all'amministrazione di guisa che questa non ha alcun potere, neppure per motivi di interesse pubblico specialmente rilevante, non solo di affievolirlo, ma neanche di pregiudicarlo nel fatto indirettamente», perché incidendo in un diritto fondamentale la pubblica amministrazione «agisce nel fatto», dal momento che «non essendo giuridicamente configurabile un suo potere in materia, essa per il diritto non provvede», ma «esplica comunque, e soltanto attività materiale illecita» (36); b) nel principio che la tutela giudiziaria del diritto alla salute può essere preventiva e dare luogo a pronunce inibitorie se si riesca ad accertare – con riguardo alla situazione che verrà a determinarsi – un pericolo di compromissione per la salute di chi agisce in giudizio (37).

Tale indirizzo appare largamente consolidato, essendosi più volte riconosciuto al diritto alla salute la dimensione di *diritto assoluto e primario* ed essendosi conseguentemente negato – anche a fronte di situazioni di urgenza – l'esercizio di *poteri discrezionali* (compresi quelli autorizzativi) da parte della pubblica amministrazione e, quindi, la configurabilità di atti amministrativi (comunque disapplicabili ai sensi dell'art. 5 della l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E), condizionanti il diritto all'assistenza (38).

Ai fini di una più completa ricostruzione dell'elaborazione giurisprudenziale tendente ad assicurare, nei confronti della pubblica amministrazione, il rispetto del diritto alla salute, ritenuto già in passato diritto «forte», che impone una «difesa a tutta oltranza contro ogni iniziativa ostile» (39), giova segnalare che, in relazione ad interventi riguardanti l'ambiente naturale (in un settore cioè rappresentativo di valori anch'essi costituzionalmente protetti e definito di natura trasversale per le diverse competenze che lo caratterizzano), si è giunti a negare alla pubblica amministrazione – pur in presenza di uno stretto legame tra titolarità di

---

(35) Come riferimento di carattere generale, si cfr. sul tema, G. CAMPANELLI, *Linee giurisprudenziali della Corte costituzionale e della Corte di cassazione in tema di atti di disposizione del corpo*, in AA.VV., *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, 201 ss.

(36) Cfr. in questi precisi termini: Cass., SS.UU., 20 febbraio 1992, n. 2092 in una fattispecie di realizzazione di un impianto di depurazione in prossimità di una abitazione.

(37) Cfr., in una fattispecie di realizzazione di un elettrodotto, Cass. 27 luglio 2000, n. 9893.

(38) Cfr. *ex plurimis*: Cass., SS.UU., 20 agosto 2003, n. 12249; Cass., SS.UU., 28 ottobre 1998, n. 10737; Cass., SS.UU., 29 dicembre 1990, n. 12218; Cass., SS.UU., 6 luglio 2005, n. 14197; Cass., SS.UU., 24 giugno 2005, n. 13548; Cass., SS.UU., 30 maggio 2005, n. 11334.

(39) Cfr. in tali precisi termini: Cass., SS.UU., 6 ottobre 1979, n. 5172.

interessi individuali da parte di singoli cittadini coinvolti dai suddetti interventi e titolarità di interessi, cosiddetti diffusi, facenti capo a collettività unitariamente considerate – ogni potere ablatorio tale da fare affievolire il diritto alla salute *ad interesse legittimo* (40).

Secondo questa tesi, quindi, si rinvencono a fronte di situazioni soggettive a «*nucleo variabile*» – in relazione alle quali si riscontra un potere discrezionale della pubblica amministrazione capace di far degradare (all'esito di un giudizio di bilanciamento degli interessi coinvolti) i diritti ad interessi legittimi o di espandere questi ultimi sino ad elevarli a diritti – posizioni soggettive a «*nucleo rigido*», rinvenibili unicamente in presenza di quei diritti fondamentali – quale quello alla salute inteso in senso lato, fino a comprendervi la libertà di scelta terapeutica – che, in ragione della loro dimensione costituzionale e della loro stretta inerenza a valori primari della persona e della dignità umana, non possono essere sacrificati o compromessi da interventi dei poteri pubblici (41).

Nella stessa ottica, anche quando si prospettino motivi di urgenza suscettibili di esporli a pregiudizi gravi ed irreversibili, difetta alla pubblica amministrazione qualsiasi potere discrezionale di incidere sui detti diritti, spettando ad essa unicamente il potere di accertare la carenza di quelle condizioni e di quei presupposti richiesti perché la pretesa avanzata dal cittadino assuma, per il concreto contesto nel quale viene fatta valere, quello spessore contenutistico suscettibile di assicurarle una tutela rafforzata.

La conclusione, a questo punto, appare scontata: secondo questo consolidato indirizzo nomofilattico, che prescinde, come si vedrà più innanzi, dalla più recente evoluzione legislativa, il giudice dei diritti fondamentali non può che essere quello ordinario (42). Sicché, a quest'ultimo spetterebbe di tutelare tutte le posizioni giuridiche per le quali sia in gioco il diritto alla salute alla vita o, più in generale, in cui assuma rilevanza critica il rapporto fra medico e paziente, alla stregua di norme di rango costituzionale (artt. 2, 3, 13 e 32 Cost.) che mettono al primo posto la libertà di autodeterminazione terapeutica ed il consenso informato del malato, costituente l'unico fattore di legittimazione del trattamento sanitario (43).

(40) Cfr. Cass., SS.UU., 9 marzo 1979, n. 1463 in materia di localizzazione di centrali nucleari.

(41) Sulla tematica dei diritti fondamentali c.d. «inaffievolibili», quale quello alla salute (comprendente tutte le facoltà connesse), cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 63-64; G. SCACCIA, *op. cit.*, 5, il quale ne individua la peculiarità nella stretta connessione col valore costituzionale della tutela della «dignità». In giurisprudenza, si vedano Cass., SS.UU., 20 febbraio 1992, n. 2092; Cass. SS.UU., 9 marzo 2007, n. 5402.

(42) In tema, si v. le considerazioni di A. MULTARI, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione: note a margine della ordinanza della Corte Costituzionale n. 241/2010*, in [www.ildirittoamministrativo.it](http://www.ildirittoamministrativo.it).

(43) In tal senso, cfr. C. ANNECCHIARICO-E. GRIGLIO, *Il caso Englaro: i profili costituzionali*, *op. cit.*, 3; in giurisprudenza, cfr. Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748.

## 5. Servizio sanitario e giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Le due richiamate sentenze del giudice amministrativo intervenute nel caso Englaro si inseriscono nel filone giurisprudenziale che affronta la complessa problematica dei rapporti fra esercizio del potere pubblico e diritti fondamentali – con specifico riferimento alla tutela del diritto di scelta terapeutica – risolvendo, peraltro, in modo contraddittorio la questione del riparto di giurisdizione *in subiecta materia*.

Il T.A.R. Lombardia, infatti, chiamato a pronunciarsi sulla richiesta di annullamento dell'atto del Direttore generale della sanità della G.R. della Lombardia, adottato in data 3 settembre 2008, con cui si era negato che il personale del Servizio Sanitario potesse procedere alla sospensione dal sostegno vitale di cui godeva l'ammalata in SVP, ha ritenuto insussistente la giurisdizione del giudice amministrativo *ratione materiae*, trattandosi di controversia vertente in materia di giurisdizione esclusiva, secondo il disposto dell'art. 33, del d.lgs. n. 80/98, come sostituito dall'art. 7, lett. a) della L. n. 205/2000: di qui l'accoglimento del ricorso e il conseguente annullamento dell'atto impugnato.

Di contrario avviso, invece, è stato il T.A.R. Lazio, dinanzi al quale era stato impugnato dal Movimento difesa del cittadino l'atto di indirizzo del 16 dicembre 2008 dal Ministro del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali, emanato nell'ambito della vicenda Englaro, tendente «a garantire uniformità di trattamenti di base su tutto il territorio nazionale e di rendere omogenee le pratiche in campo sanitario con riferimento a profili essenziali come la nutrizione e l'alimentazione nei confronti delle persone in Stato Vegetativo Persistente (SVP)».

Il provvedimento ministeriale, facendo un uso strumentale del parere del Comitato Nazionale per la Bioetica, del 30 settembre 2005 (adottato, peraltro, a maggioranza e con molte, articolate *dissenting opinions*) (44), nonché di un documento redatto in data 17 novembre 2008 dal gruppo di lavoro «Stato vegetativo e stato di minima coscienza», costituito presso il Ministero emanante, era giunto ad affermare che «la negazione della nutrizione e dell'alimentazione può configurarsi... omissis... come una discriminazione fondata su valutazioni della qualità della vita di una persona con grave disabilità e in situazioni di totale dipendenza» (sic!).

Partendo da tale convincimento «bioetico» e compiendo (probabilmente) un'illegittima invasione di campo (dovendo ritenersi la materia riservata alla competenza legislativa concorrente, in virtù del nuovo assetto autonomistico introdotto dalla revisione del Titolo V) (45), l'atto ministeriale di

(44) Sul punto, cfr. G. FERRANDO, *Nutrizione e idratazione dei pazienti in SVP: a proposito del parere del CNB del 30 settembre 2005*, in *Bioetica*, 2005, 85 ss.

(45) In tema, cfr. A. PIOGGIA, *op. loc. cit.*; F.G. PIZZETTI, *L'atto del ministro Sacconi sugli stati vegetativi, nutrizione e idratazione, alla luce dei principi di diritto affermati dalla Cassazione nel caso Englaro*, in *www.astrid-online.it*, il quale condivide i dubbi sulla compatibilità costituzionale di un simile atto di indirizzo con il sistema autonomistico configurato dalla L. Cost. n. 3/2001 e dalla L. n. 131/2003.



indirizzo giungeva, sul piano giuridico, alla conclusione che la (pretesa) discriminazione si ponesse in contrasto con l'art. 25 della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità, approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 13 dicembre 2006 e sottoscritta dall'Italia il 30 marzo 2007: di qui l'«invito» rivolto alle Regioni e alle Province di Trento e Bolzano, affinché si uniformassero a quanto previsto dall'art. 25 della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità, ovviamente nel senso di provvedere obbligatoriamente alla nutrizione e all'alimentazione dei malati in SVP.

L'adito T.A.R., chiamato a pronunciarsi sulla legittimità di siffatto provvedimento, dopo aver rigettato diverse eccezioni pregiudiziali e preliminari (come il difetto di legittimazione a ricorrere del Movimento difesa del cittadino, carenza di lesività dell'atto impugnato, mancata impugnazione degli atti presupposti) ha dichiarato inammissibile il ricorso per difetto di giurisdizione, qualificando quale *diritto soggettivo* la situazione giuridica dedotta in giudizio e aderendo, così, al filone giurisprudenziale richiamato sopra al par. 4. Ne è sorto, quindi, un contrasto di giurisprudenza, che appare tanto più rilevante, se si considera che le due decisioni forniscono un'interpretazione divergente dei principi affermati nella materia dei servizi pubblici locali dalla giurisprudenza costituzionale, ed in particolare dalla sentenza della Corte costituzionale, n. 204 del 6 luglio 2004. In proposito, giova ricordare che l'art. 33 del D.Lgs. n. 80 del 1998 (nella formulazione offerta dall'art. 7 della L. n. 205 del 2000) aveva previsto espressamente che fossero devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di servizi pubblici, ivi comprese quelle afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di cui alla L. 14 novembre 1995, n. 481. Il secondo comma dell'art. 33 cit., a sua volta, aveva precisato che tali controversie fossero in particolare quelle indicate dalle lett. a)-e) della stessa disposizione (46). Come emergeva chiaramente dalla formulazione originaria della norma e dall'innegabile valore preminente dell'attribuzione dell'intera materia alla sfera giurisdizionale amministrativa, l'elenco tipologico assumeva un carattere meramente indicativo (47), consentendo l'estensione della giurisdizione esclusiva a settori estranei al suddetto elenco, purché rientranti nella connotazione del pubblico servizio inteso evidentemente secondo il criterio «oggettivo» (48).

(46) In tema, cfr. N. PAOLANTONIO - A. POLICE - A. ZITO, *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15 e 80/2005*, Torino, 2005, *passim*.

(47) In tal senso, cfr. F. SATTÀ, *Giurisdizione esclusiva*, in *Enc. dir., Aggiornamento V*, Milano, 2001, 561 ss.; A. FABRI, *op. cit.*, 1022; G. DELLA CANANEA, *La risoluzione delle controversie nel nuovo ordinamento dei servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2001, 737 ss. Per una trattazione più ampia della tematica, cfr. R. GAROFOLI, *I servizi pubblici*, in AA.VV., *Trattato sulla giustizia amministrativa*, a cura di F. CARINGELLA, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, V. POLI, Milano, 2008, 439 ss.

(48) In tema, cfr., volendo, E. BONELLI, *Amministrazione governance e servizi pubblici locali - Tra Italia e Unione europea*, Torino, 2008, 78 ss. ed ivi ampi riferi-

Il legislatore configurava, così, una devoluzione di interi «*blocchi di materie*» alla giurisdizione amministrativa, fenomeno ben noto, su cui non è il caso di soffermarsi in questa sede (49). Basterà in proposito ricordare che la cognizione esclusiva del giudice amministrativo – introdotta con i provvedimenti legislativi del 1923-24 e recepita dalla stessa Costituzione (artt. 24, 103 e 113 Cost.), che la rimette peraltro alle opzioni del legislatore ordinario (o delegato) – si affianca alla giurisdizione generale di legittimità (per la tutela degli interessi legittimi) con carattere di «*specialità*», potendo cioè essere riferita soltanto a determinate materie, nelle quali vi è una stretta interconnessione fra diritti soggettivi (di norma tutelati davanti al giudice ordinario) ed interessi legittimi, tale da giustificare la valutazione di entrambe le posizioni giuridiche soggettive – in via di eccezione al principio (generale) del riparto di giurisdizione – da parte del giudice amministrativo.

Sta di fatto che sull'opzione «*espansiva*» (50) del legislatore si abbattè la scure della Corte costituzionale, che con la ricordata sentenza n. 204 del 2004 di tipo (disinvoltamente) manipolativo-additivo, imponeva una profonda rimediazione del fenomeno, da cui era scaturita la progressiva dilatazione dei confini della giurisdizione amministrativa nelle materie di maggior rilievo economico-sociale, qual è appunto quella dei servizi pubblici (51). La Corte, infatti, dichiarava costituzionalmente illegittimo l'art. 33, primo comma, del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, come sostituito dall'art. 7, lett. a) della L. 21 luglio 2000 n. 205, nella parte in cui prevedeva che erano devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «*tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli*» anziché «*le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla*

---

menti di letteratura italiana e straniera. Adde A. FABRI, *L'ambito della materia dei servizi pubblici nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 1007 ss.; L. IEVA, *La teoria del servizio pubblico nell'evoluzione normativa, dottrinale e giurisprudenziale*, in *I Trib. amm. reg.*, 2001, II, 529 ss.

(49) Può rinviarsi, sul punto, a I. ZINGALES, *Considerazioni sulla costituzionalità del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo alla luce della L. 21 luglio 2000, n. 205*, in *Cons. St.*, 2003, II, 145 ss.; F. GOISIS, *La nozione di servizio pubblico come criterio di riparto tra le giurisdizioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 238 ss.

(50) In tema, cfr. AA.VV., *L'evoluzione della giurisdizione esclusiva*, in *Atti del 49° convegno di studi di scienze dell'amministrazione*, Milano, 2004; adde, S. MURGIA, *Giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e garanzia dei diritti del cittadino*, in *Foro amm.*, 2000, 1560 ss.

(51) Fra i molti commenti alla sentenza si segnalano G. MONTEDORO, *Servizi pubblici e riparto di giurisdizione dopo la sentenza n. 204/2004 della Corte Cost.*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 75; F. DE LEONARDIS, *Commento all'art. 33, d.lvo n. 80/1998*, in *Codice ipertestuale della giustizia amm.va*, Torino, 2007, 1617; V. PARISIO, *La sentenza della corte cost. n. 204/2004 e le controversie in tema di pubblici servizi*, in *Foro amm. Cds*, 2006, 3213.

*pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché*. Veniva altresì dichiarato costituzionalmente illegittimo *tout court* il secondo comma dell'art. 33, del D.Lgs. cit., contenente la ricordata elencazione *specificata* delle controversie nella materia dei servizi pubblici, devolute alla cognizione esclusiva del giudice amministrativo.

Ovviamente, il testo della norma, come risultante a seguito della pronuncia del giudice delle leggi, è stato poi riformulato e trasfuso nell'art. 133, primo comma, lett. c) del «Codice del processo amministrativo», emanato con D.Lgs. 2 luglio 2010 n. 104 (di seguito cod. proc. amm.) (52).

6. *Il nesso giuridico fra il valore della dignità umana e la libertà di scelta terapeutica.*

È indubbio che la diversa posizione assunta dal giudice amministrativo, con le due sentenze del T.A.R. Lombardia, n. 214/09 e del T.A.R. Lazio, n. 8650/09 - la prima affermativa e la seconda declinatoria della giurisdizione - abbia dato vita ad un contrasto di giurisprudenza. Ma ciò che appare più rilevante è che il detto contrasto nasce dalle due ricordate pronunce, che si riferiscono alla medesima vicenda e utilizzano gli stessi parametri normativi (art. 33, D.Lgs. n. 80 del 1998, come sostituito dall'art. 7 della L. n. 205 del 2000, nel testo risultante a seguito della sentenza della Corte costituzionale, n. 204 del 2004). Altro punto significativo di coincidenza delle due decisioni è che entrambe considerano, quale presupposto di principio rilevante ai fini del *thema decidendum*, oltre all'art. 32 Cost., anche la tutela della «dignità umana»; ma mentre il T.A.R. Lombardia afferma la propria giurisdizione, in quanto ritiene che tale valore venga impedito o comunque messo a rischio dal divieto imposto dalle strutture sanitarie regionali di interrompere il trattamento vitale, nella sentenza del T.A.R. Lazio la configurazione della dignità, come diritto soggettivo in sé, ha portato alla conclusione opposta in ter-

---

(52) Per comodità di lettura, si riporta, per la parte che qui interessa, il testo della norma di cui all'art. 133, primo comma, lett. c) del D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104: «1. Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge: ... omissis... c) le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni o altri corrispettivi, ovvero relative ai provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di pubblica utilità».

mini di giurisdizione (53), nel solco dell'orientamento giurisprudenziale della Corte regolatrice, sopra richiamato (54).

Senonché, la motivazione della pronuncia del T.A.R. Lombardia afferma la propria giurisdizione sulla considerazione che la p.a. emanante (Amministrazione regionale della Lombardia), nella qualità di soggetto titolare della funzione amministrativa di organizzazione del servizio pubblico sanitario regionale – funzione volta all'identificazione dei compiti allo stesso pertinenti – si inserisca in una fase del rapporto amministrativo attinente al momento *«prettamente organizzativo del servizio pubblico concretantesi nello svolgimento del potere ad esso assegnato»*. Sicché, pur ammettendosi l'esistenza di un diritto soggettivo di rango costituzionale, ove si verta in materia riservata alla cognizione esclusiva del giudice amministrativo (qual è appunto quella del *«servizio pubblico»*) *«compete ai giudici naturali della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica la cognizione delle relative controversie in ordine alla sussistenza dei diritti vantati e al temperamento degli stessi in rapporto all'interesse generale pubblico»*. Ciò sempre a condizione che la loro incisione sia dedotta dal ricorrente come *«effetto di una manifestazione di volontà o di un comportamento materiale espressione di potere autoritativo di cui si denunci la contrarietà alla legge»* (55).

Di segno opposto è la motivazione della sopra citata sentenza del T.A.R. Lazio n. 8650/2009, con cui si ribadisce che il diritto di rifiutare i trattamenti sanitari, riconosciuto dall'art. 32 della Costituzione come diritto fondamentale, porta con sé il diritto a prestare il consenso a una determinata prestazione sanitaria; di guisa che tale diritto va riconosciuto anche a pazienti che, per il loro stato di irrimediabile perdita di coscienza, non siano in grado di manifestare la propria volontà sulle cure loro praticate, allorché tale volontà sia stata comunque ricostruita in base a indici certi. In questo caso, ha osservato il T.A.R. Lazio, verificare se si debbano obbligatoriamente prestare sempre e comunque i trattamenti sanitari anche in ipotesi di accertata volontà contraria del paziente (come l'atto di indirizzo del Ministro impone alle strutture sanitarie) *«attiene al diritto della dignità umana che, ai sensi dell'art. 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, deve essere tutelata»*. Su questo presupposto, riconosciuto che l'Italia ha ratificato e reso esecutiva la Convenzione delle Nazioni unite sui diritti delle persone disabili, la quale espressamente è rivolta a *«prevenire il rifiuto discriminatorio di assi-*

---

(53) Cfr. sul punto, G. SCACCIA, *La dignità umana e la giurisdizione amministrativa in Italia*, op. cit., 10, il quale richiama Cass., SS.UU., 6 febbraio 2009, n. 1867, che, in tema di rimborso delle spese sanitarie sostenute da cittadini italiani presso centri di altissima specializzazione esteri, ha statuito che il diritto alla salute non può essere affievolito dall'amministrazione, che esercita una discrezionalità meramente tecnica in ordine ai presupposti per l'erogazione della prestazione.

(54) Cfr. *amplius supra*, al par. 4.

(55) Sul punto, il T.A.R. Lombardia richiama, come precedenti, Cass., SS.UU., 28 dicembre 2007 n. 27187 e Corte cost., 27 aprile 2007 n. 140.

*medica o di prestazione di cure e servizi sanitari», il T.A.R. capitolino ha concluso che, vertendosi in materia di diritti soggettivi, la cognizione dell'eventuale lesione appartiene al giudice ordinario (56).*

Le ricadute di un simile assunto, ai fini della tutela del diritto di scelta terapeutica, sono facilmente intuibili: viene lasciato vivere nell'ordinamento l'atto ministeriale impugnato (qualificato dallo stesso T.A.R. *contra jus*), in quanto non sarebbe giuridicamente configurabile in capo all'amministrazione emanante alcun potere di affievolimento di un diritto inviolabile. Con l'ulteriore corollario che solo al momento del verificarsi in concreto della lesione del «*diritto*», potrebbe esserne chiesta la tutela dinanzi al giudice ordinario, al quale è riservato il potere di disapplicare l'atto illegittimo ai sensi e per gli effetti dell'art. 5 della L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E).

#### 7. *Garanzia della dignità umana e ruolo del giudice amministrativo in tema di terapie salvavita.*

Si è visto sopra che una cosa è l'interesse pubblico alla tutela della salute e altra cosa è l'interesse del singolo alla tutela della propria salute, che dipende necessariamente, come diritto di libertà, dalle opzioni dell'interessato: spetta a quest'ultimo richiedere la prestazione sanitaria alla p.a. e solo a lui spetta decidere di farsi curare, come farsi curare e da chi (57). È questo, dunque, il nucleo insopprimibile della situazione giuridica soggettiva spettante al titolare della libertà di scelta terapeutica, indipendentemente dal fatto che essa assuma i connotati del diritto soggettivo, ovvero dell'interesse legittimo. D'altro canto, la configurazione di una posizione di interesse legittimo piuttosto che di diritto soggettivo, nell'attuale assetto costituzionale italiano, non comporta in alcun modo una differenza nell'intensità della tutela, differenziandosi le due posizioni soltanto per la loro *conformazione strutturale*.

Inoltre, la distinzione fra diritti e interessi non può minimamente alterare la consistenza della tutela costituzionale del diritto alla salute quale diritto inviolabile, tenuto conto che la Costituzione italiana equipara, quanto alla tutela, diritti soggettivi e interessi legittimi: a mente

---

(56) Il T.A.R. Lazio non manca di richiamare, come precedenti, oltre alla sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004, una decisione del T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 9 aprile 2009 n. 1883, declinatoria della giurisdizione del giudice amministrativo in tema di tutela del diritto alla salute, per le medesime ragioni (sussistenza di un diritto soggettivo).

(57) Come riferimenti di carattere generale, in tema, cfr. AA.VV., *Il diritto alla salute alla soglia del terzo millennio – Profili di ordine etico, giuridico ed economico*, a cura di L. CHIEFFI, Torino, 2003; R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, Torino, 2003; B. PEZZINI, *Diritto alla salute e diritto all'assistenza tra tensione all'uniformità e logiche delle differenziazione*, in *Sanità e assistenza dopo la riforma del titolo V*, a cura di R. BALDUZZI e G. DI GASPARE, Milano, 2002.



dell'art. 24, primo comma, e dell'art. 113, primo comma, Cost., anche quando la p.a. agisca nell'esercizio di un potere autoritativo, nei cui confronti il privato possa vantare un interesse legittimo, la tutela costituzionale deve ritenersi piena, perché non può la p.a., nell'esercizio del proprio potere, ledere posizioni giuridiche tutelate dalla Costituzione (58). Con l'ulteriore conseguenza che il ricorso al giudice amministrativo appare idoneo «*ad offrire piena tutela ai diritti soggettivi, anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa*» (59). Nella medesima ottica, la devoluzione della particolare «*materia*» dei servizi pubblici (ivi compreso quello sanitario) alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo toglie, ai fini della tutela, ogni pratica rilevanza alla distinzione fra diritti soggettivi e interessi legittimi.

Ritornando all'impugnativa del sopracitato atto ministeriale di indirizzo, è indubbio che si sia concretata una fattispecie meritevole di tutela dinanzi al giudice amministrativo, rientrando nella previsione dell'art. 133, primo comma, lett. c), cod. proc. amm., in quanto il detto provvedimento, nel dettare istruzioni di carattere organizzativo in relazione allo svolgimento del servizio sanitario, ancor prima di ledere in concreto il diritto di un privato, ha come suo effetto quello di «*precostituire*» un'organizzazione del *servizio pubblico* tale da incidere sulla posizione giuridica dei soggetti che non desiderano essere sottoposti all'alimentazione assistita e che invece, sulla base dell'«*invito*» contenuto nell'atto ministeriale, a tale trattamento (qualificato come «*mere forme di sostegno vitale*») possono essere forzosamente sottoposti, nel caso in cui *si trasformino* in pazienti in SVP.

Trattasi di situazione soggettiva che, indipendentemente dalla sua qualificazione giuridica (diritto soggettivo o interesse legittimo), si appalesa sicuramente tutelabile in giudizio come, del resto, afferma lo stesso T.A.R. del Lazio, riconoscendo la piena legittimazione ad agire dell'associazione ricorrente (Movimento difesa del cittadino), dal momento che quest'ultima ha impugnato un atto ministeriale «*indirizzato alle Regioni inteso a garantire un'uniformità di azione nel campo dell'assistenza sanitaria da parte di tutte le strutture sanitarie pubbliche e private, avverso un atto destinato, quindi, ad incidere direttamente sulle prestazioni che riguardano il malato che ne resta immediatamente coinvolto*».

Peraltro, lo stesso T.A.R., contraddittoriamente, non ha tratto da tale

---

(58) In tal senso cfr. A. CATELANI, *La sanità pubblica*, Milano, 2010, 12; C.E. GALLO, *Gli utenti del Servizio sanitario nazionale e le loro situazioni giuridiche soggettive*, a cura di F.A. ROVERSI MONACO, *Riordinamento del Servizio sanitario nazionale*, Rimini, 1991; G. BARCELLONA, *La nuova giurisdizione amministrativa sui pubblici servizi tra le interpretazioni giurisprudenziali, l'intervento della Corte costituzionale ed il nuovo intervento del legislatore: le ragioni delle scelte e le nubi all'orizzonte*, in *Sanità pubblica e privata*, 2001, fasc. 1, 42; V. MOLASCHI, *Giurisdizione esclusiva e tutela delle situazioni giuridiche soggettive degli utenti nel Servizio sanitario nazionale*, in *Sanità pubblica*, 2000, 5, 619.

(59) Cfr. Corte costituzionale n. 140/2007 cit.

corretta impostazione le necessarie conseguenze sul piano del riparto di giurisdizione. Non si vede, invero, come le stesse ragioni non debbano valere per consentire la tutela di un soggetto (persona fisica e giuridica), che impugni dinanzi al giudice amministrativo un provvedimento lesivo incidente sull'organizzazione del servizio sanitario, al fine di impedire che tale organizzazione possa *in concreto* ledere il suo diritto soggettivo (libertà di scelta terapeutica).

A questo punto, la soluzione che appare preferibile, per garantire la libertà di scelta terapeutica, è quella della *doppia tutela* giurisdizionale del diritto, soluzione che appare perfettamente compatibile con la struttura della posizione giuridica tutelata e con i criteri che regolano il riparto di giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo nella materia dei «*pubblici servizi*».

Anche a voler negare, in linea teorica, che sia riservata al giudice amministrativo una giurisdizione esclusiva estesa ai diritti *in subiecta materia*, giammai potrebbe affermarsi la sussistenza della giurisdizione (esclusiva) del giudice ordinario, in caso di emanazione di *provvedimenti autoritativi* della p.a. che ostacolino la realizzazione di una pretesa connessa al diritto, non perseguibile attraverso la libera esplicazione di facoltà individuali, ma necessitante di una specifica, infungibile prestazione, da erogarsi nell'ambito del rapporto di «*servizio pubblico*».

Del resto, nella stessa direzione si è mossa la giurisprudenza amministrativa, quando con riferimento alle controversie in materia di pubblico impiego «*privatizzato*», ha elaborato la differenza concettuale fra atti di «*macrorganizzazione*» e atti di «*microrganizzazione*», giungendo a negare per i primi la giurisdizione (esclusiva) del giudice ordinario. Ciò in quanto l'esistenza delle due tipologie di atti consente di configurare una «*doppia tutela*» giurisdizionale, ossia una in virtù dell'impugnazione dinanzi al giudice amministrativo dell'atto di macrorganizzazione lesivo di interessi legittimi, l'altra azionabile dinanzi al giudice ordinario, a tutela del rapporto (di lavoro), senza che intercorra alcun carattere di pregiudizialità fra i due giudizi e con possibilità che questi ultimi possano avere esiti autonomi, se non tra loro contrastanti (60). È questa, in effetti, la tesi che appare più aderente anche alla effettività del diritto di difesa garantito dagli artt. 24 e 113 Cost., in relazione alla vasta gamma di atti organizzativi che ogni pubblica amministrazione può porre in essere; tanto che essa è stata seguita, con convincenti motivazioni, dalla giurisprudenza civile e amministrativa (61).

(60) Sul punto, cfr. la sentenza del T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, n. 13054/03, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

(61) Sulla rilevanza della distinzione ai fini del riparto di giurisdizione costituisce da tempo un riferimento imprescindibile Cass., sez. lav. 5 marzo 2003 n. 3252, che si può leggere in [www.giuffre.it/riviste/lpa](http://www.giuffre.it/riviste/lpa). Secondo la tesi del giudice della nomofilachia l'istituto della disapplicazione di cui all'art. 63 D.Lgs. n. 165/01 è riconducibile sostanzialmente al tradizionale istituto processuale di cui all'art. 5 della L. n. 2248/1865 all. E; sicché è ammessa la doppia tutela, una dinanzi al giudice amministrativo avente ad oggetto l'atto di macrorganizzazione, lesivo di

Nella stessa ottica, dunque, la «*doppia*» tutela del diritto all'autodeterminazione terapeutica (dinanzi al giudice ordinario e al giudice amministrativo) appare compatibile col quadro costituzionale dei valori e dei principi come sopra ricostruito, con particolare riferimento all'esigenza di garantire in ogni momento dell'esistenza umana (e soprattutto in occasione delle decisioni di fine vita) la tutela della dignità umana.

---

interessi legittimi, l'altra dinanzi al giudice ordinario coinvolgente la tutela del rapporto di lavoro e gli atti di microrganizzazione. La decisione è commentata con ampi riferimenti dottrinari e giurisprudenziali da R. Bocci, *La doppia tutela nei casi di atti amministrativi presupposti e diritti soggettivi ed i poteri del giudice ordinario. L'inesistenza del diritto soggettivo allo scorrimento della graduatoria in un Comune*, in *L.p.a.*, 2003, 607 ss. In giurisprudenza, oltre alla citata sentenza del T.A.R. Campania, Napoli, sez. v, n. 13054/03, v. anche T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 7 febbraio 2000, n. 352 in *TAR 2000*, I, 1986; T.A.R. Umbria, 8 marzo 1999, n. 193, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1528; da ultimo, v. ancora, C.di S., sez. V, 13 febbraio 2009, n. 827. In dottrina, *adde*, volendo, E. BONELLI, *Politica e amministrazione: una commistione incostituzionale nei piccoli Comuni?*, in *Riv. amm.*, 2003, 1011.

